

EL COMERCIO ELECTRÓNICO COMO SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

ELECTRONIC COMMERCE AS A SERVICE
OF THE INFORMATION SOCIETY

VIRGINIA VEGA CLEMENTE
Doctora en Derecho. Abogada

ÍNDICE: RESUMEN-SUMMARY. 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.- 2. CARACTERIZACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.- 3. EFECTOS DE LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS. 3.1. Principio de equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos. 3.2. Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados. 3.3. Principio de neutralidad tecnológica. 3.4. Principio de la buena fe. 3.5. Principio relativo a la libertad contractual mantenida en el nuevo contexto electrónico.- 4. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA CONTRATACIÓN.- 5 NUEVAS TECNOLOGÍAS Y CONSUMIDORES.- 6. EL PROBLEMA DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES.- 7. COMERCIO ELECTRÓNICO E INTIMIDAD.

RESUMEN: El comercio electrónico permite realizar contratos relativos a la prestación de bienes y servicios con ventajas evidentes: mayor competitividad, reducción de costes y mayor celeridad en las relaciones comerciales. La revolución tecnológica ha producido un gran cambio en la contratación y uno de los mayores cambios se ha producido en la contratación electrónica. La contratación electrónica puede plantear problemas en un mundo globalizado, de ahí que sea necesario definir el respeto a los derechos de los consumidores.

Palabras claves: Nuevas Tecnologías, Comercio electrónico, Consumidor, Derecho Mercantil.

Clasificación JEL: K29

SUMMARY: *E-commerce allows the development of contracts for the provision of goods and services with obvious advantages: increased competitiveness, reduced costs and greater speed in trade relations. The technological revolution has caused an enormous change in trading. One of the biggest changes has occurred in electronic trading. Electronic trading can pose problems in a globalized world, therefore it is necessary to define the respect for the rights of the consumer.*

Keywords: *New technologies Electronic commerce, Consumer, Commercial Law.*

JEL Classification: K29

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Internet es la máxima expresión en las actividades derivadas de las interrelaciones telemáticas, las cuales en su inmensa mayoría tienen por objeto la ejecución o celebración de actos o negocios jurídicos¹. La diferencia es que en estas redes los actos y los contratos son ofertados, perfeccionados y, en algunos casos, ejecutados electrónicamente, de ahí que se venga hablando de contratación electrónica. De esta forma, contratación electrónica se refiere a aquella que se realiza cuando el elemento electrónico tiene una incidencia real o directa sobre la formación de la voluntad, ejecución o interpretación futura del acuerdo².

El comercio electrónico es un servicio de la sociedad de la información y tiene una acepción más amplia que la de contratación electrónica, toda vez que aquel se refiere a cualquier forma de transacción económica o de intercambio

¹ La expresión comercio electrónico ha sido utilizada a veces en un sentido tan amplio que permitiría alojar dentro de aquél cualquier intercambio o transacción electrónica de datos, al margen de la eventual naturaleza comercial. No obstante, sin negar la relevancia de las comunicaciones electrónicas dentro de la Administración Pública y los servicios ofrecidos telemáticamente por la misma, es en el ámbito del sector privado donde habrán de ubicarse las relaciones negociales que mantienen por medios electrónicos los operadores económicos y los consumidores. Así, GUIADO MORENO, A., *Formación y Perfección del contrato en Internet*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 51 y 52.

² En este sentido puede verse DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manuel de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 5ª ed., Madrid, 2005, pág. 190. Entendemos, por tanto, el comercio electrónico como un todo, del que participa en una parte la contratación electrónica.

de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, en tanto que la segunda se refiere a la posibilidad de realizar actos jurídicos o a asumir una serie de obligaciones contractuales utilizando el medio electrónico. La contratación electrónica es, por tanto, una actividad que está comprendida en el comercio electrónico, pero no es la única actividad que lo integra³.

Sus antecedentes más remotos se originan en la década de los 70, por medio del intercambio electrónico de datos (EDI)⁴ y de la transferencia electrónica de fondos (EFT)⁵.

³ VEGA VEGA, J. A., *Derecho Mercantil Electrónico*, Ed. Reus, Madrid, 2015, pág. 71-72. Entendemos, por tanto, el comercio electrónico como un todo, del que participa en una parte la contratación electrónica.

⁴ “*Electronic Data Interchange*”. Es un conjunto coherente de datos estructurados conforme a normas de mensajes acordadas, para la transmisión por medios electrónicos, preparados en un formato capaz de ser leído por el ordenador y de ser procesado automáticamente y sin ambigüedad. Es aquella parte de un sistema de información capaz de cooperar con otros sistemas de información mediante el intercambio de mensajes EDI. El intercambio electrónico de datos es el intercambio entre sistemas de información, por medios electrónicos, de datos estructurados de acuerdo con normas de mensajes acordadas. A través del EDI las partes involucradas cooperan sobre la base de un entendimiento claro y predefinido acerca de un negocio común, que se lleva a cabo mediante la transmisión de datos electrónicos estructurados. En el EDI, las interacciones entre las partes tienen lugar por medio de aplicaciones informáticas que actúan a modo de interfaz [en software, una interfaz de usuario es la parte del programa informático que permite el flujo de información entre varias aplicaciones o entre el propio programa y el usuario. Metafóricamente se entiende la Interfaz como conversación entre el usuario y el sistema (o entre el usuario y el diseñador) con los datos locales y pueden intercambiar información comercial estructurada]. El EDI establece cómo se estructuran, para su posterior transmisión, los datos de los documentos electrónicos y define el significado comercial de cada elemento de datos. Para transmitir la información necesita un servicio de transporte adicional (por ejemplo, un sistema de tratamiento de mensajes o de transferencia de ficheros). Debe destacarse que el EDI respeta la autonomía de las partes involucradas, no impone restricción alguna en el procesamiento interno de la información intercambiada o en los mecanismos de transmisión. Los típicos campos de aplicación del EDI son el intercambio de información industrial, comercial, financiera, médica, administrativa, fabril o cualquier otro tipo similar de información estructurada. Esta información, con independencia de su tipo concreto, se estructura en unos formatos que pueden ser procesados por las aplicaciones informáticas. Ejemplos de datos EDI son las facturas, órdenes de compra, declaraciones de aduanas, etc. La automatización de las interacciones por medio del EDI minimiza las transacciones sobre papel y la intervención humana, reduciéndose las tareas relativas a la reintroducción de datos, impresión, envío de documentos vía correo o vía fax. A través del EDI, las Administraciones Públicas pueden incrementar la eficiencia de las operaciones diarias y mejorar las relaciones con agentes externos como empresas, instituciones económicas y financieras, y otras Administraciones Públicas. Así como en los años ochenta y noventa el ordenador ha sido la herramienta de trabajo básica del profesional de la contabilidad, desde hace varios años asistimos a una verdadera revolución en la transmisión electrónica de información, de forma que se intuye que en el siglo XXI las herramientas que utilizará este profesional estarán ligadas a las telecomunicaciones. En palabras de RENÉ RICOL (1995), presidente de la orden de expertos contables de Francia, “de todos los progresos que acompañarán a la profesión contable, el EDI

Durante los ochenta, se difundieron otras actividades ligadas al comercio electrónico, como las tarjetas de crédito electrónicas, la banca telemática, la facturación y los pagos telemáticos, etc. También cabe nombrar el sistema utilizado por la banca para el intercambio de datos, *SWIFT* (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*)⁶, o los utilizados en nuestro país para actividades afines, como el Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE)⁷, utilizado en los mercados de valores, el Servicio de Liquidación del

es ciertamente el más inminente”. El EDI consiste en transmitir electrónicamente documentos comerciales y administrativos entre aplicaciones informáticas en un formato normalizado, de forma que la información entre las empresas pueda ser procesada sin intervención manual. Las empresas que desean utilizar el EDI se suelen poner en contacto con compañías ligadas al sector de las telecomunicaciones que ofrecen servicios EDI. Un servicio EDI, es el conjunto de prácticas asociadas a la explotación de un sistema telemático particular de EDI que cubren todos los aspectos funcionales del servicio (técnicos, organizativos, de formación, de soporte y mantenimiento, comerciales y administrativos), dando así forma a una aplicación EDI concreta para un segmento industrial particular. <http://www.proz.com/kudoz/english_to_spanish/other/767898-100%25_edi.html>, <[http://www.aptice.org/ptice/ptice.nsf/Mtodocumentos/68DEF62EF3B4157BC125701A005C9706/\\$FILE/EDI.rtf](http://www.aptice.org/ptice/ptice.nsf/Mtodocumentos/68DEF62EF3B4157BC125701A005C9706/$FILE/EDI.rtf)>

⁵ Desde los años setenta la Transferencia Electrónica de Fondos (TEF), o en inglés “*Electronic Funds Transfer*” (EFT), a través de redes privadas de las instituciones financieras expandió el uso de las tecnologías para propósitos comerciales, especialmente la de pagos con tarjeta. El concepto de TEF engloba a cualquier sistema que permite transferir dinero desde una cuenta bancaria a otra cuenta directamente sin ningún intercambio de dinero en metálico; por ejemplo, el pago con tarjeta, el pago a través de teléfono móvil o la banca electrónica a través de Internet. Los beneficios de los sistemas TEF son entre otros: reducción de los costes administrativos, aumento de la eficiencia, simplificación de la contabilidad y una mayor seguridad. Los primeros sistemas TEF aparecieron en Estados Unidos a mediados de los años setenta y su uso se difundió a mediados y finales de los ochenta. Su aceptación fue mayor en algunos sectores y países que en otros, sobre todo en gasolineras de Estados Unidos, Suiza, Australia y Francia, y en algunos supermercados de Australia a finales de los ochenta y durante esa década también en España. Esta lenta implantación de soluciones de TEF a nivel mundial puede ser debida a que no sólo están implicados la entidad financiera y el cliente, también están involucradas terceras partes como los proveedores de los servicios de las redes TCP/IP y de las redes X.25, por lo que es una solución compleja y cuya difusión ha sido lenta. También entra en juego la aptitud positiva del cliente respecto al uso de las tarjetas y la tecnología relacionada con la transferencia electrónica de fondos, la cual va en aumento día tras día. Uno de los sistemas de TEF más utilizados es el de pago con tarjeta. <<http://www.elprisma.com>>

⁶ “La sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales” nace en 1973, creada por la comunidad internacional de entidades financieras para la transmisión rápida, segura y efectiva de documentos, dinero y mensajes, apoyada por 239 bancos de 15 países, con el objetivo de crear un sistema para la transmisión de mensajes seguros sobre transacciones financieras internacionales. Ayudó a establecer un lenguaje común para las transacciones financieras, un sistema de proceso de datos compartidos y una red de telecomunicaciones mundial. Los procedimientos de operación fundamentales, reglas para definir responsabilidades, etc. fueron establecidos en 1975 y el primer mensaje SWIFT se envió en 1977. SWIFT es una Sociedad Cooperativa bajo legislación belga, propiedad de sus propios miembros, con oficinas alrededor de todo el mundo. La oficina central se encuentra en La Hulpe, cerca de Bruselas. Tiene a cargo una

Banco de España (SLBE)⁸ o el Servicio Español de Pagos Interbancarios (SEPI)⁹. La inclusión de estos avances revolucionó mercados. Sin embargo, de entre todos ellos, el comercio electrónico ha llamado la atención de manera especial. Es a partir de los noventa cuando comienza el crecimiento exponencial de la *Red*, por medio de un aumento de la infraestructura disponible, contándose con mayor

red internacional de comunicaciones financieras entre bancos y otras entidades financieras. En diciembre de 2005 tenía enlazadas más de 7.700 entidades financieras en 204 países y se estima que transmite mensajes con órdenes de pago promediando en 2001 más de seis mil millones de dólares estadounidenses por día. En el año 2005 cerca de dos mil trescientos millones de mensajes fueron transmitidos. Hoy en día cuenta con 7.400 entidades financieras miembros en todo el mundo con un volumen medio de diez millones de mensajes. No hay prácticamente ninguna operación de los mercados financieros internacionales que no se transmita, realice o confirme cada día si no es a través del SWIFT. El SWIFT se rige por unos estrictos códigos de conducta para garantizar la utilización correcta de la transmisión del dinero. El SWIFT solamente se utiliza entre entidades financieras y es imprescindible ser miembro de esta sociedad. Puede verse CISNAL DE UGARTE, S., "Las transacciones financieras en el ámbito internacional: SWIFT", en *Derecho de los Negocios*, núm. 24 (1992), pp. 4 y ss.

⁷ Regulado por la Orden de 29 de febrero de 1988 (actualizada con modificaciones por la Ley 2/2004) crea el SNCE; la CBE 8/1988, de 14 de junio, aprueba el Reglamento del SNCE (modificado por la Circular 1/2007 de 26 de enero, del Banco de España, sobre información que debe rendir la Sociedad Española de Sistemas de Pago, Sociedad Anónima, y aprobación de su normativa, BOE 9 de marzo de 2007); y la Orden de 20 de febrero de 1990 (actualizada con modificaciones de la Ley 2/2004) que regula la entrada en funcionamiento del mismo. Es el sistema español de pagos al por menor, creado en 1990 como cámara automática de compensación de España. Su gestión fue inicialmente asignada al Banco de España, si bien, la reforma del sistema de pagos español supuso la transferencia de esta tarea a la Sociedad Española de Sistemas de Pago (Iberpay), una empresa privada cuyos accionistas son las entidades de crédito que participan en el SNCE. No obstante, el Banco de España ostenta la potestad de aprobar las normas, así como la vigilancia de dicho sistema. El SNCE es un sistema descentralizado que procesa las transacciones relacionadas con los instrumentos de pago al por menor. Debido a la variedad de instrumentos de pago, el esquema operativo del SNCE se estructura alrededor de varios subsistemas de compensación, cada uno de los cuales está especializado en un único instrumento. Actualmente, de acuerdo con su Reglamento, estos subsistemas son: cheques, transferencias, adeudos, efectos y operaciones diversas. Este último subsistema fue creado en el año 2001 para el procesamiento de operaciones de distinta naturaleza (documentos no normalizados, comisiones y tasas de créditos y/o remesas documentadas, intercambio de moneda extranjera, etc.). El subsistema de Cheques para pago de carburante y viaje fue integrado en el subsistema de Cheques a finales de marzo de 2006. La mayor parte de los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito pertenecen al SNCE ya que éste se ha convertido en la forma más rápida y eficiente de comunicar los datos necesarios para una rápida compensación de los pagos al por menor. Esto ha sido posible gracias a un marco legal bien estructurado, que ha traído consigo varias soluciones eficientes, de las cuales cabe resaltar el truncamiento (los cheques y efectos inferiores al límite de truncamiento establecido en los convenios interbancarios no son intercambiados físicamente, sino que se inmovilizan en el banco beneficiario) y los acuerdos sobre responsabilidades. El sistema, basado en las redes de comunicación electrónica, proporciona a cada participante asociado una infraestructura mediante la cual poder intercambiar bilateralmente todos los datos relevantes de los pagos. Posteriormente, las transacciones son compensadas y, una

cantidad de recursos y mayor velocidad de acceso, agregándose las ventajas del *software*¹⁰ que permiten sumar sonido y movimiento, mejorando simultáneamente la seguridad de las transacciones. La introducción de Internet en los hogares ha coadyuvado a que esta revolución inicial sea una auténtica realidad.

vez que el importe neto ha sido confirmado, son liquidadas en el Banco de España. Sin embargo, las transferencias y los cheques por encima de 50.000 € son liquidados individualmente en el SLBE desde junio de 2005 y, por ello, no toman parte en el proceso de compensación. Para más información consultar la página web del Banco de España <<http://www.bde.es>>.

⁸ El Servicio de Liquidación del Banco de España (SLBE) es el sistema de liquidación bruta en tiempo real español conectado a TARGET (*Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer System*), es el sistema de grandes pagos denominados en euros del Sistema Europeo de Bancos Centrales que viene operando desde 1996. Fue desarrollado por el Banco de España, que actúa también como operador y supervisor del mismo. La mayor parte de las entidades de crédito que forman parte del sistema financiero español participan en el SLBE. El sistema liquida transferencias nacionales y transfronterizas, transacciones en los mercados secundarios, sistemas multilaterales netos y operaciones de política monetaria. Además, los cheques y transferencias que son comunicados al SNCE y cuyo importe supera los 50.000 euros son transmitidos al SLBE y liquidados de forma bruta y en tiempo real en este sistema. Asimismo, el SLBE también liquida los saldos netos que surgen de la compensación de las operaciones llevadas a cabo con tarjetas de pago, los cuales son calculados y comunicados al Banco de España por las redes de tarjetas. Por último, el SLBE ofrece una serie de servicios adicionales como el case, registro y obtención de las estadísticas de las transacciones. A través del SLBE, las entidades participantes pueden gestionar la liquidez de las cuentas mantenidas en las diferentes sucursales del Banco de España. La normativa del sistema está especificada en las Circulares y Aplicaciones Técnicas que el Banco de España publica y que son contractualmente vinculantes para los participantes. La aceptación de estas normas y la obligación de abrir una cuenta de tesorería en los libros del SLBE son las principales condiciones previas para la participación en el sistema. <<http://www.bde.es>>

⁹ La Resolución del Banco de España de 19 de mayo de 2000, aprueba las normas básicas de funcionamiento del SEPI. El Servicio Español de Pagos Interbancarios (SEPI), que dejó de funcionar en diciembre de 2004, era un sistema de compensación multilateral para grandes pagos en euros, tanto nacionales como transfronterizos. Las operaciones se liquidaban por su saldo neto al final del día en las cuentas que los participantes mantienen en el Banco de España. El sistema era propiedad de sus participantes quienes, a través de la sociedad anónima Servicio de Pagos Interbancarios (SPI, S.A.), se encargaban de su gestión y de la elaboración de su regulación. Las operaciones que se venían procesando a través del SEPI se canalizarán, en función de su tipología o de su importe, bien al SLBE (Sistema de Liquidación del Banco de España) (arbitrajes entre residentes, operaciones de valores, operaciones interbancarias de no residentes y operaciones de clientes no residentes superiores a 50.000 €, estas últimas a partir de junio de 2005) o al SNCE (operaciones de clientes no residentes por importe inferior a 50.000 €, aunque voluntariamente pueden también procesarse operaciones de este tipo a través del SLBE).

¹⁰ Se denomina “software”, “programática”, “equipamiento lógico” o “soporte lógico” a todos los componentes intangibles de un ordenador, al conjunto de programas y procedimientos necesarios para hacer posible la realización de una tarea específica, en contraposición a los componentes físicos del sistema (hardware). Según el Diccionario de la Real Academia Española es el conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora. Esto incluye aplicaciones informáticas, tales como un procesador de textos, que permiten al usuario realizar una tarea, y software de sistema, como un sistema operativo, que permite al resto

2. CARACTERIZACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El término comercio electrónico¹¹, en su significado original, era sinónimo de compra electrónica. Actualmente se ha extendido y abarca todos los aspectos de los procesos de mercado y empresa habilitados por Internet y las tecnologías *world wide web* y otras redes telemáticas.¹²

De carácter mundial por su propia naturaleza, abarca una amplia gama de actividades, algunas de ellas bien conocidas, la mayoría totalmente nuevas. Impulsado por la revolución de Internet¹³ se expande aceleradamente y

de programas funcionar adecuadamente, facilitando la interacción con los componentes físicos y el resto de aplicaciones. Probablemente la definición más formal de software es la atribuida a la IEEE en su estándar 729: “la suma total de los programas de cómputo, procedimientos, reglas, documentación y datos asociados que forman parte de las operaciones de un sistema de cómputo” (IEEE Std, IEEE Software Engineering Standard: Glossary of Software Engineering Terminology, IEEE Computer Society Press, 1993). Bajo esta definición, el concepto de software va más allá de los programas de cómputo en sus distintas formas: código fuente, binario o ejecutable, además de su documentación (es decir, todo lo intangible). El término *software* fue usado por primera vez en este sentido por JOHN W. TUKEY en 1957. En las ciencias de la computación y la ingeniería de software, es toda la información procesada por los sistemas informáticos: programas y datos. El concepto de leer diferentes secuencias de instrucciones de la memoria de un dispositivo para controlar cálculos fue inventado por CHARLES BABBAGE como parte de su máquina diferencial. La teoría que forma la base de la mayor parte del software moderno fue propuesta por vez primera por ALAN TURING en su ensayo de 1936, *Los números computables con una aplicación al problema de decisión*.

¹¹ En un principio, se venía equiparando el comercio electrónico con la compraventa realizada por medios electrónicos. Si bien, en la actualidad, se considera que el término comercio electrónico engloba cualquier actividad llevada a cabo en la red, sin ceñirse estrictamente al negocio jurídico de la compraventa. Así el mero intercambio de información a través de la Red debe subsumirse dentro del concepto de comercio electrónico. La Comisión Europea define el comercio electrónico como “cualquier actividad que involucre a empresas que interactúan y hacen negocios por medios electrónicos, bien con clientes, bien entre ellas, o bien con la Administración. Se incluye el pedido y pago electrónico y *on line* de bienes que se envían por correo u otro servicio de mensajería, así como el envío *on line* de servicios como publicaciones, software e información. Asimismo, se incluyen actividades como diseño e ingeniería cooperativa, Marketing, comercio compartido (*Trade Sharing*), subastas y servicios post-venta”. Otra definición podría ser: “cualquier transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación. En este sentido, el concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compraventa electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la Red para otras actividades como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc.” NEWMAN RODRÍGUEZ, S., *Aproximación a la formación del contrato electrónico en la Legislación Española*. <http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm>

¹² ILLESCAS ORTIZ, R., en *Derecho de la contratación electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 18 afirma que “la expresión comercio electrónico no es unívoca, sino que bajo su manto se organizan identidades, actividades y relaciones contractuales susceptibles de diverso tratamiento jurídico.”

¹³ Evidentemente, las características de la red Internet y de sus tecnologías asociadas han causado un *boom* del comercio electrónico, especialmente el asociado al consumidor final (*Business to Consumer*, o B-C); la ubicuidad de la Red, las capacidades multimedia de las tecnologías asociadas a

experimenta cambios radicales. Las transacciones que se llevan a cabo por medios electrónicos se caracterizan por su velocidad, sencillez, bajos costes, desplazando incluso la presencia de los intermediarios, acercando a las partes de uno y otro lado, para dar paso a los denominados intermediarios virtuales. El término comercio electrónico se refiere generalmente a todas las formas de transacción relacionadas con actividades comerciales, incluyendo organizaciones e individuos, que se basan en el procesamiento y la transmisión de datos digitalizados, incluyendo texto, sonido e imágenes visuales¹⁴.

Bajo la denominación de comercio electrónico¹⁵ se incluye tanto el comercio electrónico indirecto como el directo. Es directo cuando la operación es realizada íntegramente a través de Internet, esto es, tanto la solicitud de servicio o de bienes como el pago y la remisión de los bienes o la prestación de los servicios es efectuada en línea¹⁶. Generalmente el comercio electrónico directo se refiere a bienes y servicios inmateriales, como *software*, música, vídeos e información. El comercio electrónico es indirecto¹⁷ cuando sólo la oferta y aceptación negocial del servicio o del bien es efectuada a través de la red¹⁸. La prestación del servicio o la entrega del bien adquirido es realizada fuera de Internet, como sería el caso

la misma y la facilidad de uso de las mismas, permiten a muchos negocios poder hacer llegar su oferta a millones de potenciales consumidores, quienes pueden navegar por la Red, buscando y seleccionando los productos o artículos que deseen adquirir de entre los cada vez más frecuentes centros virtuales de compra.

¹⁴ DAVIS, C., *Emergence of electronic commerce in Spanish-speaking Latin America*, Unión Europea, marzo, 1999.

¹⁵ Tal como se recoge en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la iniciativa Europea de Comercio Electrónico, el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, y que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación. Entiende que los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas, que pueden consistir, concretamente, en la venta de mercancías en línea; que no se trata únicamente de servicios que ofrecen la posibilidad de celebrar contratos en línea, sino también, cuando se trata de una actividad económica, de servicios no remunerados por su destinatario, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea.

¹⁶ Por referirse a bienes o servicios digitales, se concierta y ejecuta completamente por vía informática. E. SANTOS PASCUAL, en su artículo titulado "Diversidad legislativa en el comercio electrónico" define el comercio electrónico directo como "aquel comercio en donde el proceso de compra y venta (oferta y aceptación del producto) se realiza por medio de equipos electrónicos (Internet, teléfonos móviles, PDA's, etc.), por ejemplo, la compra de un libro por Internet en el que el consumidor visualiza la oferta insertada en una Página Web y acepta la misma, pagando el precio ofertado y descargándose el libro en su propio equipo electrónico, es decir, toda la operativa de compra-venta se realiza desde la Página Web del vendedor y desde el equipo electrónico del comprador. Dentro de este tipo de comercio se asimilarían las ventas a distancia recogidas en la Ley del Comercio Minorista, aunque no serán aplicables ciertos derechos que, por el contrario sí afectan al comercio electrónico indirecto. Esto sucede puesto que, la mayoría de servicios que se ofrecen en este comercio tienen excepciones de aplicación a la citada Ley". <<http://www.derecho.com>>

de la compra de un ordenador, de discos compactos, de libros, etc. Los objetos comprados deben ser transportados al lugar físico que se señaló en la operación.

El comercio electrónico¹⁹ engloba un conjunto de transacciones que incluye el intercambio de bienes y servicios, de dinero y de información, realizado a través de medios electrónicos²⁰ y digitales. Hoy en día el desarrollo de la tecnología permite que se negocien, concluyan o se cumplan contratos (entrega de bienes digitales o prestación de servicios) o se paguen precios en la red u otro medio como puede ser el teléfono fijo o móvil, el facsímil o EDI. Es un servicio de la tecnología que permite la realización de operaciones de negocios y la compraventa de bienes y servicios mediante la utilización de sistemas electrónicos, como por ejemplo los ordenadores personales, hoy ya habituales. En definitiva, este nuevo mercado electrónico nos permite tener en nuestro domicilio una gran galería comercial por la que podemos pasear de forma fácil y rápida con el ratón de nuestro ordenador, y todo ello sin movernos de casa.

Una definición genérica de comercio electrónico lo entiende como cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, como Internet²¹. De esta manera, no solo se incluirían la compra y la venta electrónica de bienes,

¹⁷ Referido a bienes o servicios físicos que, aun cuando permitan una celebración por medios tecnológicos, requieren del medio físico tradicional para su cumplimiento. De igual forma, SANTOS PASCUAL entiende por comercio electrónico indirecto “aquel comercio en donde sólo la oferta y la solicitud de compra se va a realizar por medios de equipos electrónicos (*on line*) y sin embargo, la entrega del producto y/o el pago se va a realizar en el “mundo físico” (*off line*). En concreto es lo que equivale a la modalidad de contratación recogida en la Ley de Comercio Minorista, la llamada venta a distancia, donde la transmisión de oferta y aceptación se realiza por cualquier medio de comunicación a distancia, cualesquiera que sea su naturaleza y a través de un sistema de comunicación organizado por el vendedor. El típico ejemplo es una página web donde existe una serie de productos y servicios con un precio determinado, y el consumidor escoge el que mejor se adecua a sus necesidades, pero en el que la entrega y/o pago de ese producto se realiza fuera de la Página Web, en un lugar físico (*off line*)”.

¹⁸ Sobre el particular, con mayor detalle, puede verse RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 70 y 71.

¹⁹ La esencia del concepto de comercio electrónico no es fácilmente capturada pero nos ayuda a comprender en una primera instancia lo que comercio electrónico conlleva. Cuando la gente escucha el término de comercio electrónico en una primera instancia lo asocia directamente a las ventas que realiza una empresa a través de Internet, lo cierto es que no están tan lejos de la realidad ya que se están refiriendo a un tipo especial de comercio electrónico que es la venta electrónica. Sin embargo, esto es un elemento más particular del caso más general de cualquier forma de operación o transacción comercial llevada a cabo a través de medios electrónicos.

²⁰ No obstante, no todas las transacciones podrán basarse exclusivamente en medios electrónicos ya que algunas operaciones exigirán la firma original del usuario. Así, RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., *La Fiscalidad del Comercio Electrónico. Imposición Directa*, Instituto de Estudios Fiscales, 2001.

²¹ Según la Red Española de centros de negocio local (REDCNL, 2000) el comercio electrónico se puede definir como cualquier forma de transacción comercial en la que un suministrador provee de bienes o servicios a un cliente a cambio de un pago, donde ambas partes interactúan

información o servicios, sino también el uso de la red para actividades anteriores o posteriores a la venta. Así, publicidad, búsqueda de información sobre proveedores o productos, negociación sobre condiciones contractuales, atención al cliente, cumplimentación de trámites administrativos, o colaboraciones con empresas afines, por citar algunas posibilidades de tales intercambios²².

El comercio, ya sea que se realice electrónicamente o de la forma más tradicional posible, es siempre intercambio de bienes y prestación de servicios por una contraprestación económica²³. Sin embargo, esta nueva forma de contacto entre proveedores de servicios y bienes, por una parte, y consumidores, por la otra, hace que las normas legales tradicionales no sean del todo aplicables a esta forma de comercio o, siendo aplicables, no regulan ciertos aspectos que deben ser considerados al momento de hablar de comercio electrónico²⁴.

electrónicamente en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo.

²² Este es el concepto del que parte, por ejemplo, el “Estudio de situación del comercio electrónico en España”, realizado por la Secretaría General de Comunicaciones, en el marco de la Iniciativa de promoción e identificación de servicios emergentes de telecomunicaciones avanzadas (PISTA).

²³ Según el diccionario consultor de economía, el Comercio es “el proceso y los mecanismos utilizados, necesarios para colocar las mercancías, que son elaboradas en las unidades de producción, en los centros de consumo en donde se aprovisionan los consumidores, último eslabón de la cadena de comercialización. Es comunicación y trato”. A través de los años han aparecido diferentes formas o tipos de comercio. A principio de los años 1920 en Los Estados Unidos apareció la venta por catálogo, impulsado por las grandes tiendas de mayoreo. Este sistema de venta, revolucionario para la época, consiste en un catálogo con fotos ilustrativas de los productos a vender. Este permite tener mejor llegada a las personas, ya que no hay necesidad de tener que atraer a los clientes hasta los locales de venta. Esto posibilitó a las tiendas poder llegar a tener clientes en zonas rurales, que para la época que se desarrolló dicha modalidad existía una gran masa de personas afectadas al campo. Además, otro punto importante de esto es que los potenciales compradores pueden escoger los productos en la tranquilidad de sus hogares, sin la asistencia o presión, según sea el caso, de un vendedor. La venta por catálogo tomó mayor impulso con la aparición de las tarjetas de crédito; además de determinar un tipo de relación de mayor anonimato entre el cliente y el vendedor. A mediados de 1980, con la ayuda de la televisión, surgió una nueva forma de venta por catálogo, también llamada venta directa. De esta manera, los productos son mostrados con mayor realismo, y con la dinámica de que pueden ser exhibidos resaltando sus características. La venta directa es concretada mediante un teléfono y usualmente con pagos de tarjetas de crédito. A principio de los años 1970, aparecieron las primeras relaciones comerciales que utilizaban un ordenador para transmitir datos. Este tipo de intercambio de información, sin ningún tipo de estándar, trajo aparejado mejoras de los procesos de fabricación en el ámbito privado, entre empresas de un mismo sector. Es por eso que se trataron de fijar estándares para realizar este intercambio, el cual era distinto con relación a cada industria. Un ejemplo conocido de esto es el caso del Supermercado mayorista Amigazo. A mediados de los años 1980 esta empresa desarrolló un sistema para procesar órdenes de pedido electrónicas, por el cual los clientes de esta empresa emitían órdenes de pedido desde sus empresas y ésta era enviada en forma electrónica. Esta implementación trajo importantes beneficios a Amigazo, ya que se eliminaron gran parte de errores de entregas y se redujeron los tiempos de procesamiento de dichas ordenes. El beneficio fue suficiente como para que la empresa Amigazo instalase un equipo a sus clientes habituales.

No cabe duda que la aparición del comercio electrónico obliga claramente a replantearse muchas de las cuestiones del comercio tradicional, surgiendo nuevos problemas, e incluso agudizando algunos de los ya existentes²⁵. En ese catálogo de problemas se plantean cuestiones que van desde la validez legal de las transacciones y contratos sin papel, la necesidad de acuerdos internacionales que armonicen las legislaciones sobre comercio, el control de las transacciones internacionales, incluido el cobro de impuestos, la protección de los derechos de la propiedad intelectual, la protección de los consumidores en cuanto a publicidad engañosa o no deseada, fraude, contenidos ilegales y uso abusivo de datos personales hasta otros provocados por la dificultad de encontrar información en Internet, comparar ofertas y evaluar la fiabilidad del vendedor y del comprador en una relación electrónica, la falta de seguridad de las transacciones y medios de pago electrónicos, la falta de estándares consolidados, la proliferación de aplicaciones y protocolos de comercio electrónico incompatibles, la congestión de Internet y la falta de accesos de usuario de suficiente capacidad.

²⁴ El comercio electrónico directo o completo se da cuando todas sus fases se realizan por medios electrónicos, mientras que en el comercio electrónico indirecto o incompleto no todas sus fases se completan por medios electrónicos. Lo que está claro es que la entrega de forma electrónica sólo va a ser posible cuando el bien a entregar o el servicio a prestar sea digital, de lo contrario acudiremos a los medios tradicionales de entrega de bienes o prestación de servicios. El principal problema u obstáculo que hace que no podamos hablar de comercio electrónico directo, obviamente a parte de la entrega, es el pago. Éste constituye el mayor eslabón tanto técnico como psicológico que debe ser superado para que se produzca el despegue definitivo del Comercio Electrónico. Si no hay confianza por parte de los usuarios, si no hay conocimiento de las diversas formas de pagos existentes en la red y de su seguridad técnica no podremos hablar de un Comercio Electrónico propiamente dicho en el que todas sus transacciones se materialicen a través de medios electrónicos. La confianza es la principal barrera con la que se enfrentan los nuevos medios de pago electrónicos. En este sentido los Estados juegan un papel primordial si lo que quieren es implantar una Sociedad de la Información para todos. Esa Sociedad de la información requiere no sólo de formación sino también de información.

²⁵ La red de información empresarial lo define como “un sistema global que, utilizando redes informáticas y, en particular, Internet, permite la creación de un mercado electrónico (es decir, operado por computadora y a distancia) de todo tipo de productos, servicios, tecnologías y bienes, y que incluye todas las operaciones necesarias para concretar operaciones de compra y venta, incluyendo *matching*, negociación, información de referencia comercial, intercambio de documentos, acceso a la información de servicios de apoyo (aranceles, seguros, transportes, etc.) el *banking* de apoyo, y todo en condiciones de seguridad y confidencialidad necesarios”. De lo expuesto se aprecia que el comercio electrónico incluye una amplia gama de aplicaciones en el ámbito del video, la compra telefónica, el entorno *off line* (ventas por catálogo), el intercambio electrónico de datos (EDI), etc. A través de estos medios se llevan a cabo una serie de actividades entre las que podemos citar el envío *on line* de contenidos digitales, la transferencia electrónica de fondos, el comercio electrónico de acciones y opciones comerciales, marketing directo, servicios post-venta, por sólo mencionar algunas. “Por lo tanto, el alcance del comercio electrónico no está limitado al ámbito de Internet, aunque la evolución y crecimiento en la utilización de este medio lo muestre como el más dinámico.”

El comercio electrónico suscita problemas, tanto de tipo legal y jurídico, como tecnológico. Es en estos últimos aspectos donde es necesario establecer una fase previa de adaptación o integración de los diversos sistemas con la actuación de centros de investigación, organismos de normalización, asociaciones de la industria y Administraciones Públicas, creando un entorno de comercio electrónico accesible, seguro y fácil de usar. Este trabajo va a centrarse sobre los aspectos jurídicos fundamentalmente sin desdeñar, por supuesto, los de carácter tecnológico que están en continúa evolución y sobre los que existe en el mercado una gran competitividad²⁶.

²⁶ Así en la COM (1998) 586 final, 98/0325 (COD), se plantean los principales problemas a tener en cuenta: “[...] Considerando que el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en la Comunidad se ve limitado por cierto número de obstáculos jurídicos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior y que entorpecen o hacen menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de servicios; que dichos obstáculos tienen su origen en la divergencia entre legislaciones, así como en la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables a estos servicios; que, a falta de coordinación y ajuste de las legislaciones en las áreas de que se trata, hay obstáculos que pueden estar justificados de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que existe una inseguridad jurídica sobre el alcance del control que los Estados miembros pueden realizar sobre los servicios procedentes de otro Estado miembro; Considerando que, atendiendo a los objetivos comunitarios, a los artículos 52 y 59 del Tratado y al derecho derivado comunitario, conviene suprimir dichos obstáculos coordinando determinadas legislaciones nacionales y aclarando conceptos jurídicos a nivel comunitario, en la medida en que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior; que la presente Directiva, al no tratar sino algunos puntos específicos que plantean problemas para el mercado interior, es plenamente coherente con la necesidad de respetar el principio de subsidiariedad de conformidad con el artículo 3B del Tratado; Considerando que, de conformidad con el principio de proporcionalidad, las medidas previstas en la presente Directiva se limitan al mínimo necesario para conseguir el objetivo de correcto funcionamiento del mercado interior; que, en aquellos casos en que sea necesaria una intervención comunitaria y con el fin de garantizar que realmente dicho espacio interior no presente fronteras interiores para el comercio electrónico, la Directiva debe garantizar un alto nivel de protección de los objetivos de interés general y, en especial, la protección del consumidor y de la salud pública; que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 129 del Tratado, la protección de la salud es un componente esencial de las demás políticas comunitarias; que esta Directiva no afecta al régimen jurídico aplicable al suministro de bienes propiamente dicho ni al régimen aplicable a las prestaciones de servicios que no sean servicios de la sociedad de la información; Considerando que no es objetivo de esta Directiva fijar normas específicas de derecho internacional privado relativas a conflictos entre legislaciones y entre jurisdicciones y que, por lo tanto, esta Directiva se entenderá sin perjuicio de los correspondientes convenios internacionales; Considerando que el control de los servicios de la sociedad de la información debe hacerse en el origen de la actividad para garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales y que, para ello, es necesario garantizar que la autoridad competente garantice dicha protección no sólo en el caso de los ciudadanos de su país sino en el de todos los ciudadanos de la Comunidad; que, además y con el fin de garantizar de forma eficaz la libre circulación de servicios y la seguridad jurídica para los prestadores de servicios y sus destinatarios, estos servicios deben estar sujetos únicamente al régimen jurídico del Estado miembro en el que está establecido el prestador de servicios; que es indispensable precisar con claridad esta responsabilidad del Estado miembro de origen de los servicios para mejorar la confianza mutua entre los Estados miembros [...]”.

En general, las innovaciones técnicas emergentes no se han tenido en cuenta en la legislación interna e internacional y la mayoría de las leyes vigentes están basadas en los documentos en papel. La comunidad nacional y las autoridades internacionales están empezando a crear, lenta y gradualmente, un marco legal adecuado al comercio electrónico.

El comercio electrónico está consolidándose en nuestro país, y se espera que los próximos años sean el periodo de mayor crecimiento de esta modalidad, gracias a la implantación definitiva de los protocolos²⁷ que garantizarán las transacciones y al incremento progresivo de usuarios de la red.

Las ventajas del comercio electrónico son evidentes²⁸: A) Interactividad: El flujo de comunicación es bidireccional, ya que los papeles del emisor y del receptor pueden intercambiarse; B) Intimidad: El usuario busca una información precisa y esta circunstancia se ha traducido en que el mercado de Internet se especialice en grupos y personas claramente identificados por gustos particulares; C) Rapidez: No hay intermediarios, por lo que los productos llegan directamente del productor al comprador; D) Globalidad: Se tiene al mundo entero como cliente y también como competidor. No importa si los contendientes son empresas multinacionales o si son pequeñas empresas intentando conquistar un hueco en el mercado. Además, dado que se transmite la información por todo el mundo sobre los productos y servicios que ofertan, posibilita las comunicaciones y los procesos de gestión a nivel mundial. Permite extender su oferta a millones de potenciales consumidores, quienes pueden navegar por la Red, buscando y seleccionando los productos que deseen adquirir; E) Desintermediación: Trato directo entre compradores y vendedores. Los fabricantes pueden dirigirse al público objetivo de todo el mundo, sin necesidad de compartir márgenes de beneficios con los intermediarios; F) Bajo coste: Internet ofrece a las empresas que emplean el comercio electrónico en sus transacciones un menor coste en el

²⁷ Hoy día existen diferentes protocolos como el SET (*Secure Electronic Transaction*) o el SSL (*Secure Sockets Layer*) que se ocupan de que este tipo de transacciones a través de redes informáticas sean lo más seguras posibles. Sin embargo, ninguno de ellos ofrece todavía una seguridad completa, ya que únicamente son capaces de solucionar de forma parcial los problemas, con lo que tanto el comprador como el vendedor pueden todavía engañar. Así, por ejemplo, puede darse la situación de que el comprador pague un producto y posteriormente no lo reciba, o bien que el vendedor entregue un producto y posteriormente no pueda cobrarlo. Además, lo que es más peligroso, sin que ninguno pueda demostrar que ha sido engañado por el otro.

²⁸ El comprador puede ver de manera rápida todo el escaparate electrónico y no tiene que ir tienda por tienda en busca del producto deseado. Se optimiza también el tiempo de atención al cliente, que no tiene que esperar largas colas para ser atendido. Por su parte, el vendedor también se beneficia, puesto que puede ofertar sus productos sin necesidad de mostrarlos físicamente al comprador. Otras de las ventajas del comercio electrónico que podemos citar son la reducción los retrasos gracias a la velocidad de transmisión; disminución del ciclo de producción, lo que permite crear mercados más competitivos; hace posible la igualdad de trato a los clientes independientemente de sus características individuales, como la nacionalidad, lugar de residencia; amplía de forma considerable el mercado potencial de las empresas; faculta a las pequeñas y medianas empresas el acceso a mercados que de otra manera tendrían vetados por su elevado coste.

desempeño de la estrategia comercial, ahorrando personal y puntos de venta; G) Crecimiento continuo: Internet es un mercado en expansión; H) Mejor precio: El consumidor pagará el precio justo por los productos, no la publicidad de los mismos, ni las ganancias de múltiples intermediarios. Por su parte, el vendedor ofrecerá mejores precios al reducir sus costes de operación; I) Permite establecer nuevas formas de cooperación entre empresas; J) Reduce las barreras de acceso a los mercados actuales, en especial a las PYMES, y abre oportunidades de explotar nuevos mercados; K) Proporciona nuevos medios para encontrar y satisfacer las necesidades de los clientes, debido a la mayor cercanía de los mismos, mayor interactividad y personalización de la oferta. Además, por el contacto continuo de la empresa con su público existe un mayor índice de fidelización; L) El riesgo de inversión en el comercio electrónico es menor que en el convencional; M) Desaparecen las barreras horarias y geográficas, pudiendo efectuarse una transacción a cualquier hora y en cualquier país, sin tener que visitarlo.

Pese a todo, también es cierto que este tipo de comercio presenta sus inconvenientes, algunos de ellos de posibles graves consecuencias y que todavía no se han solucionado de una forma óptima. Entre ellos, el más importante es la falta de seguridad en los procesos de compraventa. En el caso del comercio tradicional, como se ha indicado anteriormente, la mayoría de transacciones se efectúan mediante tratos personalizados, por teléfono o por correo. Todas estas actividades pueden considerarse intrínsecamente seguras²⁹. Sin embargo, en el caso del comercio electrónico, la interacción entre comprador y vendedor se realiza a través de una Red, que no puede considerarse un canal de comunicación seguro a menos que se adopten ciertas medidas de protección³⁰.

El comercio electrónico puede utilizarse en cualquier entorno en el que se intercambien documentos entre empresas³¹: compras o adquisiciones, finanzas, industria, transporte, salud, legislación y recaudación de ingresos o impuestos.

²⁹La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico») se propone reforzar la seguridad jurídica del comercio electrónico con el fin de aumentar la confianza de los internautas. Para ello, la directiva establece un marco jurídico estable en el que los servicios de la sociedad de la información se ajustan a los principios del mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento), y se insta un número limitado de medidas armonizadas.

³⁰ El estudio y desarrollo de estas medidas de protección es precisamente uno de los objetivos fundamentales de la criptografía. Ésta proporciona al comercio electrónico las herramientas necesarias para garantizar, dado el caso, el carácter secreto de la información intercambiada (confidencialidad), así como la no manipulación de la misma entre el origen y el destino (integridad). Sin embargo, el problema de la identificación de las partes (autenticación) todavía no está del todo resuelto. A este respecto, conviene señalar que una de las situaciones más preocupantes actualmente es la publicación de los datos personales y confidenciales del comprador (como por ejemplo el número de su tarjeta de crédito) en un medio totalmente abierto como es Internet. Otro tema pendiente de resolver es el de cómo obtener los resguardos que permitan realizar posteriores reclamaciones tanto al comprador como al vendedor en el caso de que alguno de ellos se sienta perjudicado por el otro una vez concluida la transacción.

Se hace precisa la utilización de un amplio elenco de tecnologías como son el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), el Correo Electrónico (E-mail o Electronic Mail), la Transferencia Electrónica de Fondos (EFT), Aplicaciones Internet tales como la Web, News³², Gopher³³, Archie³⁴, Aplicaciones de Voz:

³¹ Las empresas vienen utilizando el comercio electrónico para desarrollar los aspectos siguientes: creación de canales nuevos de mercadeo y ventas; acceso interactivo a catálogos de productos, listas de precios y folletos publicitarios; venta directa e interactiva de productos a los clientes; soporte técnico ininterrumpido, permitiendo que los clientes encuentren por sí mismos, y fácilmente, respuestas a sus problemas mediante la obtención de los archivos y programas necesarios para resolverlos.

³² *Network News Transport Protocol* (NNTP) es una aplicación de Internet que consiste en un protocolo usado para la lectura y publicación de artículos de noticias en Usenet. Su traducción literal al español es "protocolo para la transferencia de noticias en red". NNTP tuvo sus comienzos en marzo de 1986 cuando BRIAN KANTOR, de la Universidad de San Diego, y PHIL LAPSLEY, de la Universidad de Berkeley, crearon el RFC 977, especificación en la que se basó el NNTP en ese momento. Este protocolo tuvo otros colaboradores como fueron STAN BARBER, del Colegio de Medicina Baylor, y ERIK FAIR, de Apple Computer. En octubre de 2006, el IETF publicó el RFC 3977 que actualiza el protocolo NNTP y que incluye muchas de las mejoras creadas a lo largo de los años desde el RFC 977. Hoy en día también algunos BBS [*Bulletin Board System* (Sistema de Tablón de Anuncios)] usan este protocolo para dejar disponibles sus foros o áreas de correo de la red FidoNet u otras redes. <<http://www.ibiblio.org/pub/Linux/docs/linux-doc-project/network-guide/translations/es/garl-1.0/garl18.htm>>

³³ Este servicio nació en respuesta a los problemas que existían en Internet a la hora de encontrar información o recursos. Funciona presentando en la pantalla un menú de opciones cuyos títulos dan una idea clara de lo que contiene. Para conectarse a un servidor Gopher también necesitamos un programa especial cliente Gopher. En pocas palabras, el Gopher es un sistema distribuido de búsqueda y recuperación de documentos. Combina las mejores características de exploración a través de colecciones de información y de bases de datos completamente indexadas. El protocolo y el software siguen un modelo cliente/servidor y permiten a los usuarios de los más variados sistemas de sobremesa explorar, buscar y recuperar documentos residentes en múltiples servidores distribuidos. El protocolo Gopher se desarrolló en la Universidad de Minnesota y está disponible en el RFC 1436. Su estado es *informacional*. La razón de desarrollar el Gopher fue la necesidad de un sistema de información a nivel de campus que permitiese a cualquiera publicar documentos o información incluso con un pequeño ordenador de sobremesa. El software de clientes Gopher concede a los usuarios una jerarquía de ítems y directorios muy parecida a un sistema de ficheros. De hecho, la interfaz del Gopher está diseñada para asemejarse a un sistema de ficheros, ya que un sistema de ficheros es un buen modelo para localizar documentos y servicios. De este modo, al conectarse a un servidor Gopher se tiene una lista de distintos ítems, similar a la apariencia de directorio raíz de un PC. Después de seleccionar un ítem del menú, se obtienen todos los ítems incluidos en él, de forma similar a un subdirectorio, y así sucesivamente. Si se selecciona un ítem que representa un fichero, el fichero se transmite automáticamente y se le muestra al cliente. No es necesario que el fichero esté localizado en el mismo servidor Gopher donde se obtuvo la información del sistema de archivos. Un menú Gopher puede incluir ítems de servidores Gopher distintos y el usuario se conecta de modo automático al servidor donde se halla el ítem seleccionado. El usuario no sabe ni le importa el hecho de que los ítems a seleccionar puedan residir en muchas máquinas distintas en Internet. <<http://ditec.um.es/laso/docs/tut-tcpip/3376c61.html>>

Buzones, Servidores, Transferencia de Archivos, Diseño y Fabricación por Computadora (CAD/CAM)³⁵, servicios Multimedia, Tableros Electrónicos de Publicidad, Videoconferencia, etc.

Podemos afirmar que el comercio electrónico es un método actual para las transacciones comerciales que enfoca la necesidad percibida, tanto por las empresas como por sus clientes, de disminuir los costes de los bienes y servicios, manteniendo la cantidad e incrementando la velocidad de entrega³⁶.

Es preciso resaltar que la conectividad entre los participantes es una cuestión esencial para la viabilidad del comercio electrónico, e Internet lo consigue a un coste bajo.

3. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

El comercio electrónico se sustenta en una serie de principios que delimitan su concepto. Por ello, para llegar a una mejor comprensión de la institución, se impone, con carácter previo, la necesidad de analizar los fundamentos o principios en que se inspira esta actividad.

³⁴ Es una herramienta de búsqueda de información en Internet. Se trata de una base de datos de acceso público que nos permite localizar un fichero determinado dentro de la familia de servidores FTP. Archie mantiene un índice actualizado de los ficheros que hay en la red. Actualmente existe un servidor Archie en cada uno de los países importantes que existen en la red. Para acceder a un servidor Archie (si no disponemos de la correspondiente aplicación cliente) debemos hacer Telnet a una máquina que sí disponga de este tipo de aplicaciones. Otra forma para utilizar Archie es mediante http. El método es sencillo: se especifica el archivo cuya búsqueda se interesa y se exponen los parámetros de la búsqueda. < <http://tuganas.galeon.com/teleco/internet/servicios.htm> >

³⁵ Diseño Asistido por Computadora/Fabricación Asistida por Computadora. La integración del diseño asistido por computadora con la fabricación controlada por computadora implica que los productos diseñados en el sistema CAD son ingresados directamente al sistema CAM. Por ejemplo, después de que una pieza de maquinaria es diseñada en el CAD, su imagen electrónica es transferida a un lenguaje de programación de control numérico, el cual genera las instrucciones para controlar la máquina que fabrica la pieza. <<http://www.pemex.com/files/content/NRF-107-PEMEX-2004F.pdf>>; <<http://es.tldp.org/Otros/diccionario-us-es/diccionario-us-es-0.1.6/C.html>>

³⁶ Las actividades de manejo de la información que se realizan en el comercio electrónico mediante transacciones empresariales pueden clasificarse en numerosas categorías, tales como transacciones entre una empresa y sus clientes mediante una red pública de telecomunicaciones con el propósito de realizar compras, o utilizar servicios bancarios en el domicilio ("*home banking*") utilizando técnicas de cifrado para manejar los aspectos de seguridad y dinero electrónico; transacciones con socios comerciales usando EDI; transacciones para la obtención de información: investigación de mercados utilizando exploradores de códigos de barras, tratamiento de información para la toma de decisiones directivas o la solución de problemas organizativos, y la manipulación de información para la organización de operaciones, como la administración de la cadena de proveedores de una empresa; transacciones para la distribución de información con clientes potenciales, tales como mercadeo, publicidad, y ventas interactivas.

3.1. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LOS ACTOS EMPRESARIALES ELECTRÓNICOS

El principio de equivalencia funcional constituye el núcleo sobre el que gravita el reconocimiento jurídico de los actos realizados en el comercio electrónico. Sin su aplicación, carecería de eficacia³⁷.

Se formula bajo la idea de que los actos jurídicos electrónicos poseen una equivalencia funcional con los actos jurídicos escritos o autógrafos³⁸.

Este principio adquiere carta de naturaleza con ocasión de la elaboración de la “Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico”³⁹, culminada en 1996,

³⁷ Según ILLESCAS ORTIZ en “Comercio electrónico: fundamentos de Derecho y principio de equivalencia funcional”, en *Revista de la Universidad Carlos III*, núm. 56, 1999, “sin la expresada regla sencillamente el Derecho del Comercio Electrónico no podría existir”.

³⁸ La equivalencia funcional, en todos los ordenamientos y como principio del contrato electrónico, está expresada por TOSI, E., “La conclusione de contratti *on line*”, en *I problemi giuridici di Internet*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 110 y ss.

³⁹ La Ley Modelo sobre comercio electrónico preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) fue aprobada mediante la Resolución 51/162 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996. El objetivo esencial de la ley modelo fue elaborar un marco jurídico seguro que pudiera ser adoptado por los distintos Estados al momento de la adecuación de sus legislaciones sobre la materia, al tiempo que constituyera un instrumento internacional que sirviera para la interpretación de convenios o tratados entre naciones. Otro de sus objetivos fue el de conceder un trato equivalente a la información contenida en soporte papel y la digital. La Ley de UNCITRAL refiere: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza probatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (Art. 5). “Cuando la Ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta” (Art. 6). “El requisito legal de la firma es suplido con el mensaje de datos si se utiliza un método de identificación tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos (Art. 7). El ámbito de aplicación de la Ley Modelo está delimitado en el art. 1 que establece que se aplicará a toda información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales. En el artículo que le sigue brindan una serie de definiciones entre las que se encuentra la del concepto “mensaje de datos”. Así, especifica que se trata de cualquier información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, e incluye dentro de la noción a las redes cerradas y abiertas y otros medios de comunicación electrónica. En sus considerandos se dice que se decidió denominarla “Ley sobre Comercio Electrónico” a modo de ampliar su ámbito de aplicación no solo a los EDI sino a todas las formas de transmisión de mensajes electrónicos comerciales. De hecho, la incorporación de un concepto tan genérico obedeció a que, de otro modo, podrían suscitarse inconvenientes en la futura interpretación de la norma, ya que un mensaje puede originarse como una comunicación verbal y recibirse en forma de fax o puede originarse como fax y ser recibido directamente en la computadora del usuario en formato digital. A los Estados que adoptan esta ley modelo se les sugiere promulgar ordenamientos (reglamentos) que definan el uso de las distintas tecnologías utilizadas, tratando de mantener la aplicabilidad de la ley, adoptando el criterio de equivalencia funcional entre los conceptos tradicionales de firma, escritura y original y el moderno alcance de estos términos. La equivalencia se determina en cuanto a la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la instrumentación de los actos jurídicos.

sin embargo, su aparición inicial y primera formulación de este principio tuvo lugar en el artículo 11,2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente de 1995⁴⁰. La consagración de referido precepto tiene lugar en un texto complementario de la Ley Modelo, simultáneamente publicado denominado “Guía para la incorporación al derecho interno de la LMCUCE”⁴¹. Sin llegar a formular una definición de la regla, “el

⁴⁰ Aprobada por la Asamblea General el 11 de diciembre de 1995, esta Convención tiene por objeto facilitar el empleo para fines financieros de la garantía independiente y de la carta de crédito contingente, particularmente en países en donde la práctica comercial se limite a utilizar uno solo de estos instrumentos. La Convención confirma, además, el reconocimiento de aquellos rasgos y principios básicos que son comunes a ambos instrumentos, reduciendo así las incertidumbres que dificultan su utilización en el comercio internacional. La Convención entró en vigor el 1º de enero de 2000. Artículo 11. “*Extinción del derecho a reclamar el pago [...] 2) La promesa podrá disponer, o el garante/emisor y el beneficiario podrán convenir en otra parte, que la devolución al garante/emisor del documento que contenga la promesa, o algún trámite funcionalmente equivalente a esa devolución, de haberse emitido la promesa en forma que no sea sobre papel, será necesaria para la extinción del derecho a reclamar el pago, por sí misma o conjuntamente con uno de los hechos mencionados en los incisos a) y b) del párrafo 1) del presente artículo. Sin embargo, la retención de dicho documento por el beneficiario después de la extinción del derecho a reclamar el pago de conformidad con los incisos c) o d) del párrafo 1) del presente artículo no preservará derecho alguno del beneficiario con fundamento en la promesa.*”

⁴¹ Así, la finalidad de la misma es la siguiente: “Al preparar y dar su aprobación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (denominada en adelante “la Ley Modelo”), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tuvo presente que la Ley Modelo ganaría en eficacia para los Estados que fueran a modernizar su legislación si se facilitaba a los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados la debida información de antecedentes y explicativa que les ayudara eventualmente a aplicar la Ley Modelo. La Comisión era además consciente de la probabilidad de que la Ley Modelo fuera aplicada por algunos Estados poco familiarizados con las técnicas de comunicación reguladas en la Ley Modelo. La presente guía, que en gran parte está inspirada en los *trabajos preparatorios* de la Ley Modelo, servirá también para orientar a los usuarios de los medios electrónicos de comunicación en los aspectos jurídicos de su empleo, así como a los estudiosos en la materia. En la preparación de la Ley Modelo se partió del supuesto de que el proyecto de Ley Modelo iría acompañado de una guía. Por ejemplo, se decidió que ciertas cuestiones no serían resueltas en el texto de la Ley Modelo sino en la Guía que había de orientar a los Estados en la incorporación de su régimen al derecho interno. En la información presentada en la Guía se explica cómo las disposiciones incluidas en la Ley Modelo enuncian los rasgos mínimos esenciales de toda norma legal destinada a lograr los objetivos de la Ley Modelo. Esa información puede también ayudar a los Estados a determinar si existe alguna disposición de la Ley Modelo que tal vez convenga modificar en razón de alguna circunstancia nacional particular.” “[...] *Criterio del “equivalente funcional”* 15. La Ley Modelo se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación. En la preparación de la Ley Modelo se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como los de “escrito”, “firma” y “original” con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. Este criterio se sigue en varios instrumentos legales existentes, como en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI

criterio del equivalente funcional” es ampliamente descrito en el texto de la “Guía”. A partir de esta recepción de la expresión, puede decirse que su aceptación se generaliza y que su trascendencia como base fundamental del régimen jurídico del comercio electrónico queda constatada.

sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Se señaló que la Ley Modelo debería permitir a los Estados adaptar su legislación en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil, sin necesidad de eliminar por completo el requisito de un escrito ni de trastocar los conceptos y planteamientos jurídicos en que se basa dicho requisito. Se dijo, al mismo tiempo, que la observancia de este requisito por medios electrónicos requeriría en algunos casos una reforma de la normativa aplicable al respecto, que tuviera en cuenta una, en particular, de las muchas distinciones entre un documento consignado sobre papel y un mensaje EDI, a saber, que el documento de papel es legible para el ojo humano y el mensaje EDI no lo es, de no ser ese mensaje consignado sobre papel o mostrado en pantalla. 16. Así pues, la Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces “criterio del equivalente funcional”, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel. 17. Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del “equivalente funcional”, se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un “requisito mínimo”) no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de “escrito firmado”, “original firmado” o “acto jurídico autenticado”. 18. La Ley Modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de “escrito”, “firma” y “original”, pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por

La enunciación del principio relativo a la equivalencia funcional se formula de la siguiente manera: la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa -o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado⁴².

Esto implica que los mensajes de datos electrónicos no deberán ser discriminados respecto de cualquier otro tipo de manifestación de voluntad, ya sea verbal o escrita, y los efectos jurídicos que emanan de estas declaraciones son independientes del soporte en el cual han sido realizadas. Esto viene recogido en el artículo 5 de la Ley Modelo⁴³ bajo la denominación “reconocimiento jurídico del mensaje de datos” y dice así: “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”⁴⁴. Si este principio no fuera recogido por los ordenamientos

ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos.” Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. <<http://www.uncitral.org>>

⁴² Sobre el particular puede verse MORENO NAVARRETE, M. A., *Contratos electrónicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 90 y ss. Por su parte, VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, ob. cit., pág. 119, establece que en “la contratación electrónica la declaración de voluntad se emite mediante un mensaje de datos con variedad de configuraciones. Cuando se realiza una declaración de voluntad a través de medios electrónicos, los efectos son los mismos que se producen cuando se trata de una declaración de voluntad emitida en forma escrita o verbalmente, ya que la aparición y difusión de nuevas tecnologías hace que los conceptos jurídicos tradicionales necesiten ser adaptados a las necesidades imperantes, máxime cuando la conversión del soporte puede servir para su percepción acústica o visual”.

⁴³ “Artículo 5. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos. Artículo 5 bis. Incorporación por remisión (En la forma aprobada por la Comisión en su 31º período de sesiones, en junio de 1998) No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión”. <<http://www.uncitral.org>>

⁴⁴ Según ILLESCAS ORTÍZ, ob. cit., el artículo 5 de meritada Ley Modelo “suscita en su enunciado cuanto menos dos interrogantes terminológicos. El primero derivado del empleo del término “información”; el segundo representado por la mención de la expresión ya conocida por el lector “mensaje de datos”. En orden a responder a la primera duda ha de señalarse que la palabra “información” tal y como se emplea en el artículo no debe entenderse en sentido reduccionista. Esto es, no implica que la equivalencia funcional sea jurídicamente aplicable tan solo a las declaraciones de ciencia o conocimiento contenidas en el mensaje de datos y efectuadas por su emisor. En efecto, dicha palabra se utiliza en un sentido técnico-electrónico o neutro y no en sentido jurídico. En aquel sentido, todo lo que se transmite por vía electrónica son datos o información: imágenes, textos, sonidos, etc. Todos ellos se ven reducidos a datos que constituyen información transmisible y eventualmente transmitida. En este sentido en el que la palabra información se utiliza en el precepto analizado: en consecuencia, toda declaración prenegocial, negocial o postnegocial efectuada por el emisor de un mensaje de datos constitutivos de “infor-

la electronificación de los actos jurídicos devendría en una práctica insegura o imposible como consecuencia del soporte en que estos actos son realizados.

La Ley Modelo, de modo específico, somete tres grandes aspectos del comercio electrónico y de la contratación privada en general al principio de equivalencia funcional. Se trata del concepto de escrito o documento escrito, de la noción de firma y del cumplimiento del eventual requisito legal de documento o documentación original. Respecto de la equivalencia entre documento electrónico y documento escrito, la regla significativa se encuentra formulada, con las debidas garantías, en el artículo 6 de la Ley Modelo. Idéntica pauta en relación con la firma electrónica –tema éste que está adquiriendo una crucial trascendencia con el crecimiento exponencial del comercio electrónico en entornos abiertos, Internet principalmente– se encuentra recogida en el artículo 7 de la Ley Modelo. La satisfacción por medios electrónicos, por último, del eventual requisito legal de presentación o aportación de un documento original es promovida por el artículo 8 del mismo texto. No puede cerrarse esta superficial visión de las aplicaciones específicas de la equivalencia funcional sin recordar que el artículo 9 se dedica a la utilización procesal de la información o documentación electrónica bajo el rótulo de “Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos”.

Este principio general posee ciertas excepciones. La equivalencia alcanza únicamente al documento escrito –o declaración oral– privado, y, salvo disposición nacional en contra, no alcanza al documento solemne, público notarial. La equivalencia tal y como se enuncia en el artículo 5 reproducido de la Ley Modelo no debe entenderse como impedimento para que la legislación nacional consagre concretos casos en los que la misma no sea sostenible: así, en cada uno de los preceptos que se han citado se incluyen sendos párrafos que habilitan a la exclusión del sometimiento a la equivalencia funcional en supuestos concretos y firmas. En España se consagra en el artículo 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico⁴⁵.

mación” en el sentido electrónico del término. De esta información susceptible de poseer tan variados contenidos negociales como convenga a su emisor es de la que se predica el sometimiento a la regla de la equivalencia funcional. No meramente a la información que contenga simples manifestaciones jurídicas de ciencia o conocimiento y no de voluntad. La segunda cuestión a responder consiste en precisar aquello en lo que consiste un mensaje de datos. La respuesta se encuentra en el artículo 2.a) de la Ley Modelo, conforme al cual <<por “mensaje de datos” se entenderá la información generada enviada o recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax>>. Con las dos precisiones ahora aportadas, la regla de la equivalencia funcional tal como se consagra positivamente por primera vez en 1996 queda suficientemente clarificada. Su plena contemplación requiere, no obstante, que se aluda a sus concretas aplicaciones positivas, así como las efectivas excepciones existentes a su aplicación.”

⁴⁵ El principio del requisito de la escritura, cuando así sea requerido por una norma, se entiende satisfecho si el contrato o la información se contiene en soporte electrónico. De esta forma se cumplirían las exigencias contenidas en los artículos 1.280, 6^a, párrafo segundo del Código Civil; art. 51 del Código de Comercio; art. 61 de la Ley 7/95, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, etc.

Aclarar por último que, por el simple hecho de realizar una declaración de voluntad de forma electrónica, el principio de equivalencia no sana los vicios de los cuales esta declaración pudiera adolecer⁴⁶.

3.2. PRINCIPIO DE INALTERACIÓN DEL DERECHO PREEXISTENTE DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS PRIVADOS

Este principio pretende que todas aquellas reglas dirigidas a la regulación del comercio electrónico no supongan una modificación sustancial del Derecho existente de obligaciones y contratos, tanto nacional como internacional, cuando en transacciones comerciales se utilice un formato electrónico.

Se parte de la hipótesis según la cual las transacciones electrónicas son simplemente un nuevo soporte para la transmisión de la voluntad negocial pero no un nuevo Derecho regulador de las mismas, esto es, un contrato privado, por el simple y mero hecho de que se haya realizado de forma electrónica suponga un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación de dicho contrato privado. De esta forma, los elementos esenciales del negocio jurídico (consentimiento y objeto, causa, manifestaciones y defectos) y su tipología no sufren alteración significativa cuando el vínculo se establece en el ámbito del comercio electrónico. Si bien, el uso de estas nuevas tecnologías y su rapidez implica, en cierto modo, el cambio del derecho preexistente para adecuarse a esta nueva realidad.

Por consiguiente, se hace necesario modificar el derecho preexistente ante las lagunas o vacíos jurídicos que el empleo del soporte electrónico genera⁴⁷. Un ejemplo claro de laguna o vacío legal se evidencia ante la problemática del acuse de recibo, en la que el comercio electrónico ha tenido que regular normas para garantizar la seguridad de las relaciones contractuales y precontractuales que se llevan a cabo por la vía electrónica. Así, la Ley Modelo en su artículo 14⁴⁸ regula esta importante institución para el comercio electrónico⁴⁹.

⁴⁶ No podría ser menos. Al igual que el papel, ni siquiera el público o notarial, ni su ulterior registro, igualmente público, sana los vicios o defectos jurídicos que padezca la declaración en él recogida e inscrita. Tampoco el mensaje de datos puede producir dicho efecto sanatorio en caso alguno. Argumentar en sentido contrario sería una discriminación no perseguida: supondría en efecto un mejor tratamiento para la declaración electrónica que para la manual.

⁴⁷ Quizás sería más preciso el término “adaptar” en lugar de modificar. Entendemos que más que una modificación de principios jurídicos lo necesario sería adaptar los existentes a la nueva realidad.

⁴⁸ “Artículo 14: Acuse de recibo. 1) Los párrafos 2) y 4) del presente artículo serán aplicables cuando, al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicite o acuerde con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos. 2) Cuando el iniciador no haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se dé en alguna forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o b) Todo acto del destinatario, que baste para indicar el iniciador que se ha recibido el mensaje de datos. 3) Cuando el iniciador no haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, si no ha recibido

Por ello, y a pesar de sus inconvenientes, la negación de este principio supondría la necesidad de volver a configurar un nuevo sistema de derecho contractual⁵⁰.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica⁵¹ al definir su ámbito de aplicación en el artículo 1 consagra el denominado “Principio de Inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos privados”⁵².

El principio de inalterabilidad debe ser entendido atendiendo a la necesaria modificación que en el plano de la contratación electrónica supone la mera admisión de efectos jurídicos por cuanto claramente varía la forma y la prueba de la emisión de las voluntades por el simple hecho de ser éstas emitidas y plasmadas en documento electrónico y precisamente en virtud del sentido de meritado texto legal puesto que en el plano jurídico material privado la innovación realizada precisamente es el reconocimiento de equivalencia en cuanto a los efectos jurídicos del documento manuscrito en el que se contiene la voluntad negocial y el documento electrónico realizado con el mismo contenido.

acuse en el plazo fijado o convenido o no se ha fijado o convenio ningún plazo, en un plazo razonable el iniciador: a) Podrá dar aviso al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo y fijar un plazo razonable para su recepción; y b) De no recibirse acuse dentro del plazo fijado conforme al inciso a), podrá, dando aviso de ello al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado o ejercer cualquier otro derecho que pueda tener. 5) Cuando el iniciador reciba acuse de recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos correspondiente. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido. 6) Cuando el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así. 7) Salvo en lo que se refiere al envío o recepción del mensaje de datos, el presente artículo no obedece al propósito de regir las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de ese mensaje de datos o de su acuse de recibo.”

⁴⁹ HERNÁNDEZ CORTÉS, D., “Aspectos legales del comercio y la contratación electrónica en Cuba”, *AR: Revista de Derecho Informático*, Edición 095, Junio del 2006, pág. 24.

⁵⁰ Sostienen este principio PLAZA PENEDÉS, J., en “Contratación electrónica y pagos electrónicos (en el derecho nacional e internacional)”, en *Contratación y Comercio Electrónico* (Dir. F.J. Orduña), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 415-416, y VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, ob. cit., pág. 64. Por el contrario, hay opiniones encontradas. A tal respecto puede verse: MATEU DE ROS, R., “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (Coords. R. Mateu de Ros y M. López-Monis Gallego), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 71 y ss. Entendemos que la aplicación de este principio se hace esencial, puesto que se ha de entender la contratación electrónica como una nueva forma de llevar a cabo determinados negocios jurídicos, con numerosas peculiaridades derivadas de la novedad del medio, claro está, pero que nunca podría suponer un cambio en los principios del derecho de contratos.

⁵¹ Antes se recogía en el Real Decreto-Ley 14/1999, derogado por dicha disposición.

⁵² “Artículo 1: Objeto [...] 2. Las disposiciones contenidas en esta Ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten.”

En nuestro derecho de obligaciones rige principalmente el principio espiritualista, por lo que puede decirse que en la mayor parte de los contratos tanto mercantiles como civiles la forma no es esencial. No obstante, sí existen una serie de contratos y actos en los que por una razón u otra el ordenamiento exige el cumplimiento de determinadas formas; la exigencia puede tener mayor o menor trascendencia pero en el caso de ser forma “ad substantia” el incumplimiento de la misma impide el perfeccionamiento del contrato. Es sobretodo en estos últimos contratos, los formales en el más estricto sentido de la palabra, en los que se han visto de forma tradicional los mayores problemas para su incorporación a la operativa informática⁵³.

3.3. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

Enunciado en la guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de la siguiente manera: “cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la ley modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo”⁵⁴, se consigue que las nuevas normas que rigen el comercio electrónico abarquen con sus reglas no sólo la tecnología existente sino también toda tecnología futura sin que haya necesidad de modificar estas normas.

En España este principio quedó consagrado en la Ley de 24 de julio de 1973 que reformó los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio de 1885 y que se refieren a la obligación de la llevanza de contabilidad de los empresarios. Así, el artículo 27,2 establece “será válida, sin embargo, la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo...” y el artículo 29,1 prefectura que “todos los libros y documentos contables deben ser llevados, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, con claridad...”⁵⁵.

⁵³ Así, por ejemplo, en el anteproyecto español de Ley de Comercio Electrónico se excluyen de la contratación electrónica: “Los de creación o transferencia de derechos sobre bienes inmuebles a excepción de los de arrendamiento regidos por la legislación común. Los que requieran por la ley la intervención de tribunales, autoridades públicas o notarios o registradores de la propiedad y mercantiles, como profesionales ejercientes de autoridad pública. Los de crédito, los de seguro de caución y los civiles y mercantiles de garantía. Aquellos que están sujetos al derecho de familia y al de sucesiones”. Claramente, por lo tanto, se observa que el redactor, sobre todo en los tres primeros grupos, excluye el contrato por cuestiones de exigencia de forma en estos tipos de contratos y esta razón decae tras la admisión del documento electrónico con fe pública realizada por la Dirección General del Registro y Notariado. Los requisitos de fondo no se ven afectados por el hecho de que el documento público se extienda en formato electrónico. En cuanto a la forma, la Resolución pone de manifiesto la fácil adaptación de las normas preexistentes a la nueva técnica.

⁵⁴ <<http://www.uncitral.org>>

⁵⁵ Así, ALEJANDRO PISANTY indica: “neutralidad tecnológica es la condición en que una acción, definición, ley, estándar, etc. no se formula de tal manera que sesgue todas las decisiones subsiguientes a favor de una tecnología en particular, entre aquellas capaces de resolver el problema.” ANDRÉS GUADAMUZ dice sobre la Neutralidad Tecnológica que “la interpretación

3.4. PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Este principio, ampliamente conocido en el mundo del Derecho, tiene especial vigencia en el campo del comercio electrónico como consecuencia de que este medio, además de ser de reciente aparición, posee una complejidad técnica que hace que su uso no sea digno de confianza para algunos operadores económicos. Este principio encuentra su justificación en la idea de que la ignorancia, ante la renovación tecnológica, genera desconfianza, y el comercio electrónico no es una excepción.

no debe beneficiar a ninguna tecnología en especial”. CLAUDIA FONSECA se acerca al fenómeno desde las Telecomunicaciones indicando: [el] “término era el de aplicar las mismas reglas o la misma regulación a los servicios (de telecomunicaciones) que se prestan con independencia de la tecnología utilizada para la prestación de los mismos (...)”. Desde un punto de vista más jurídico y relacionado con lo que es la regulación sobre Firma Digital, JOSÉ-LUIS BARZALLO indica: “(...) Entiendo como neutralidad tecnológica la no determinación de un tipo de marca o característica particular que puede tener un determinado producto o servicio. Esta figura fue utilizada especialmente al tratar temas sobre firma electrónica, pero en el mercado tecnológico también se la utiliza para no determinar una marca específica en los procesos de contratación. En el caso del software libre y propietario, también tiene cabida para no determinar ciertas funcionalidades propias de un desarrollo informático, sino que, por ejemplo, se puede solicitar un procesador de textos y nada más. (...) Se me escapaba, la neutralidad tecnológica puede utilizarse tanto en el campo legislativo como en el contractual. (...)”. RAMÓN MÚJICA dice: “Lo que quiero decir que neutralidad tecnológica en todo caso es establecer aquellos parámetros técnicos que deben tener las soluciones informáticas que traten el tema, de modo que la solución pueda efectuarse de un modo tecnológico u otro sin que por ello afecte la solución que estemos tratando, pues tendrá las mismas características. (...)” Siguiendo la línea de FONSECA, MARILIANA RICO indica: “se trata de redactar leyes sin aludir a una tecnología específica de manera que la norma abarque todas las tecnologías que se puedan usar y que no haya que modificar la ley cada vez que aparece una nueva tecnología.” Un elemento importante a rescatar en el constante cambio de la tecnología, así lo entiende NELSON REMOLINA: “(...) La neutralidad tecnológica reconoce algo evidente: La tecnología cambia constantemente. Si la ley se “casa” con una tecnología en particular muy seguramente la norma quedará obsoleta rápidamente”. GALINA TAPIA va un paso adelante indicando: “(...) La neutralidad tecnológica refiere a que las normas que regulen el sector no indiquen en específico una tecnología como la valedera y de estricta aplicación, sino que debería hacerse una regulación lo más abstracto posible en este sentido, puesto que así tanto las normas como los contratos podrán ser aplicados y formados de acuerdo a las necesidades reales y de interés de las partes”. HUGO SEGURA expresa una visión económica del término: “(...) Para mí la mejor definición es la que pudo dar FELIPE PÉREZ desde el punto de vista Económico como catedrático de este área del conocimiento, es bastante simple la definición: Neutralidad Tecnológica = Libertad de Mercado (TIC) = Neoliberalismo (TIC). El mercado rige como se usa e implementa la tecnología, así como cual “sobrevive” ... Como mercadeo es a Mercado como lo es perro a hueso ..., entonces Tecnología a Usar = Producto mejor mercadeado. Si un Estado se rige por la teoría de la mano invisible y su consecuente libertad de mercado/neoliberalismo, entonces elegirá por la neutralidad, si es un Estado que interviene como actor económico dentro de una sociedad de seguro tomará una posición favorable a esta sociedad y evitará a toda costa la neutralidad tecnológica(...)”. DIEGO SARAVIA va un paso más adelante con la definición aparentemente desde un punto de vista tecnológico pero que en realidad es

La Ley Modelo en su artículo 3,1 establece: “la interpretación de la presente ley habrá(n) de tenerse en cuenta... la necesidad de promover... la observancia de la buena fe”⁵⁶.

Establecer la Buena Fe como uno de los principios básicos del Comercio Electrónico significa en un sentido una concreta manifestación del postulado de la inalterabilidad del derecho preexistente de las obligaciones privadas en el campo de la contratación electrónica y en otro como un postulado de

económico: “básicamente la neutralidad tecnológica es una contradicción andante, ya que la tecnología no es neutra. La tecnología afecta la sociedad. Pero el uso del concepto como tal es un invento de Microsoft(...)es pues un concepto de marketing, pura propaganda (...)” Desde una interrelación neutralidad tecnológica – interoperabilidad FABIANO MENKE dice: “(...) (d) a denominada neutralidade tecnológica está intimamente ligada à noção de interoperabilidade, e, com raras exceções, vem sendo aclamada como dogma inafastável, que necessariamente deve ser reconhecido nas legislações que tratam dos procedimentos e técnicas de atribuição de autoria no ambiente virtual; todavia, e com esquite em autorizada doutrina, verifica-se que a neutralidade tecnológica não deve ser encarada como panacéia, mas sim com parcimônia, pois ao invés de facilitar, pode, em verdade, obstaculizar o desenvolvimento uniforme, disseminado e interoperável dos procedimentos de atribuição de autoria no meio eletrônico; (...)” JOSÉ ANTONIO CASAS indicaba: “En su origen “neutralidad tecnológica” aludía a la falta de categorización moral de la tecnología (...)” refiere al hecho que el mercado y no la regulación, ley o decisión de grupo alguno, debe ser quien decida qué avances tecnológicos o nuevas tecnologías serán incorporados a la vida de las sociedades”. Volviendo a los principios jurídicos SANTIAGO ACURIO dice: “*PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA*, este principio consiste en que el marco normativo general que se aplique dentro del comercio telemático no debe optar por un tipo de tecnología en particular, ya que esto supondría que dicho marco general pierda su vigencia en el corto o mediano plazo ya que la tecnología informática *cambia constantemente*. (...)” La definición que nos hace CARLOS ÁLVAREZ es más que nada referida al Software: “Al momento de realizar adquisiciones de tecnología deberán tomar en consideración tanto herramientas OSS como propietarias, siendo inaceptable la escogencia de un programa por el simple hecho de haber sido desarrollado bajo uno cualquiera de los modelos de licenciamiento. Al definir los términos de contratación relativos a adquisición de tecnología deberán aplicar con rigor los criterios definidos por la ley de contratación pública, de manera que los criterios de adjudicación de los contratos sean estrictamente técnicos, legales y económicos. De otra manera, las entidades públicas violarán la libre competencia, afectarán ilegítimamente a actores de la industria informática, perderán ventajas competitivas frente a entidades públicas que sí respetan la libertad de elección en tecnología y tendrán el riesgo de adquirir software que no satisfaga sus requerimientos. Deberán tener en cuenta, finalmente, la necesidad de que el software usado en los sistemas de información y comunicaciones del Estado y las entidades públicas de todos los niveles hayan sido desarrollados según estándares que aseguren su interoperabilidad.” Debate sobre Neutralidad Tecnológica. Publicado en En Line@ 1/2006. “Sobre Neutralidad Tecnológica”. <<http://www.alfa-redi.org/ar-dnt-documento.shtml?x=6080>>.

⁵⁶ “Artículo 3. Interpretación 1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. 2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.”

afirmación rotunda en un medio contractual extremadamente novedoso y de gran complejidad técnica.

En casi todas las legislaciones encontramos el reconocimiento al principio de la buena fe. La Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías (Viena, 11 de abril de 1980), texto básico del derecho comercial uniforme, en sus artículos 7⁵⁷ y 80⁵⁸ consagra la buena fe como principio básico para interpretar y ejecutar contratos de compraventa internacional.

Ya sea derecho nacional o derecho uniforme aplicable al caso, queda comprobado que la buena fe constituye uno de los fundamentos del régimen jurídico aplicable al intercambio internacional y nacional de bienes y servicios. El que tal intercambio se haya convertido verbal, manual o electrónicamente no es relevante en punto a la observancia necesaria de la buena fe. Al fin y al cabo nos encontramos ante intercambios pactados y ejecutados mediante soportes distintos pero siempre intercambios. La buena fe rige dichos intercambios y lo de menos es el soporte de formación, ejecución y consumación del contrato. En el caso de un soporte electrónico y por las razones expuestas, si cabe, la buena fe debe ser respetada en grado superior en tanto en cuanto las circunstancias de parcial desconocimiento y desconfianza persistan.⁵⁹

Podemos apreciar el Principio de la Buena Fe en dos sentidos: Buena Fe Subjetiva, es la contención con que obran las personas o la ciencia con que lo hacen y Buena Fe Objetiva, juzga la conducta del individuo con la base de si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto. La diferencia radica en que la primera es una conducta que se impone al sujeto y la segunda es fruto de la creencia. La subjetiva se traduce en la atribución de derechos y la objetiva por la imposición de deberes⁶⁰.

Este principio da lugar a los siguientes deberes de los contratantes: a) Deber de información⁶¹; b) Deber de claridad⁶²; c) Deber de secreto⁶³; d) Deber de exactitud⁶⁴; e) Deber de investigación⁶⁵.

⁵⁷ Artículo 7: “ 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

⁵⁸ Artículo 80: “Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.”

⁵⁹ ILLESCAS ORTÍZ, R., *op. cit.*

⁶⁰ HERNÁNDEZ CORTÉS, D., *op. cit.*, pág. 27.

⁶¹ Deberán mantenerse recíprocamente informados de todas las circunstancias del negocio, es decir, con los mayores elementos de juicio que les permite tomar una decisión acertada en el momento de optar la celebración del contrato tales como las condiciones, peligrosidad de la prestación, causas de incumplimiento, etc.

⁶² Las informaciones que se intercambian han de ser perfectamente inteligibles y no prestarse a malas interpretaciones.

3.5. PRINCIPIO RELATIVO A LA LIBERTAD CONTRACTUAL MANTENIDA EN EL NUEVO CONTEXTO ELECTRÓNICO

El eje cardinal, medular en sede contractual, lo es precisamente el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo tenor los individuos serán capaces de diseñarse a sí mismos la estructura y el funcionamiento del instituto contractual que por sus propias declaraciones negociales han creado.

Como indica el profesor DÍEZ-PICAZO “la idea de contrato y de obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o de un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”. El contrato tiene, pues, su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad”⁶⁶.

Este principio tiene su raíz en el anteriormente descrito referente a la inalterada nulidad del derecho preexistente de obligaciones privadas realizadas en un contexto electrónico y viene recogido en el artículo 4,1 de la LMCUCE que establece: “salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma un mensaje de datos, las disposiciones del capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo.”

El capítulo III de la Ley Modelo se refiere a las relaciones contractuales concertadas surgidas entre quienes contratan electrónicamente. En ese contexto, pues, la libertad negocial queda reconocida y, en su virtud y uso, las partes podrán convenir los efectos entre ellas de un modo distinto a como se prevén en meritado texto, que queda como norma supletoria cuya aplicación se producirá únicamente en caso de que los contratantes no hayan decidido su exclusión y sustitución por otras reglas distintas o de propia creación más útiles a los fines comúnmente perseguidos por ellos. Así, el principio de libertad negocial queda reconocido en la Ley Modelo, lo que nos lleva a la conclusión de que el soporte electrónico, como vía de perfección del contrato, no altera el contenido de la libertad de pacto en el entorno electrónico en relación con la contratación verbal o escrita⁶⁷.

Pero esa libertad de actuar no quiere decir que el Derecho no le imponga límites a la actuación del sujeto, pues, por la función social del Derecho, éste debe conferir orden a las relaciones sociales. Así pues, hay que tener presentes

⁶³ Obligación de no divulgar datos personales.

⁶⁴ Las declaraciones han de corresponderse a las voluntades reales.

⁶⁵ Las partes han de cerciorarse respecto a la identidad de la contraparte, asimismo, en el caso que alguno de los contratantes actúe por representación, el otro debe verificar si el poder que goza le autoriza para celebrar el contrato como representante legal.

⁶⁶ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato, Sexta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2007, pág. 127.

⁶⁷ ILLESCAS ORTÍZ, R., ob. cit., pág. 57.

las leyes de carácter imperativo que no pueden ser derogadas por voluntad de las partes y que limitan la autonomía de la voluntad de éstas. El Derecho, al regular la capacidad para contratar de los sujetos y los vicios de la voluntad como causa de anulabilidad de los contratos, trata de salvaguardar la referida libertad⁶⁸.

Según Illescas Ortiz, existen ciertas excepciones en el ámbito del comercio electrónico referidas a la libertad de pacto o autonomía de la voluntad que podríamos encuadrar en cuatro grandes apartados: excepciones en materia de confidencialidad de los datos electrónicamente intercambiados con fines negociales, libremente negociables en la Unión Europea y algunos países terceros; excepciones relativas a la responsabilidad, especialmente en el caso de contratos realizados entre empresarios y consumidores; excepciones relativas a la libertad de establecimiento del prestador de servicios de certificación de firmas electrónicas; excepciones al reconocimiento de la firma electrónica emitida en país distinto de aquel en el cual pretende producir efectos.

4. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA CONTRATACIÓN

La evolución del comercio ha estado siempre condicionada por los medios e instrumentos con los que en cada momento pueden servirse los propios oferentes de mercancías y servicios y los destinatarios, sean empresarios o consumidores.

El desarrollo tecnológico, que posibilita la transmisión de datos y la “desmaterialización” del dinero, marca la última tendencia de la evolución del comercio. El comercio se ha venido adaptando a las variables sociales, económicas y técnicas en las que se desarrolla, y pone de relieve la necesidad de que las normas jurídicas vayan a la vez ordenando el tráfico económico en virtud de los cambios que se operan.

Las normas que caracterizan al Estado social repercuten en las relaciones entre particulares delimitando no sólo la forma, sino también su contenido. El Derecho privado puede sufrir así una gran transformación, porque el Estado social deroga parcialmente el dogma de la autonomía de la voluntad allí donde existen relaciones de “poder o dominación social”. En este sector de relaciones (consumidores, ahorradores, artesanos, etc.), el Derecho privado se convierte paulatinamente en un Derecho imperativo o, si se quiere, en un Derecho ordenador de la sociedad civil; y en atención a ese fenómeno se va afirmando la idea de que el Derecho privado clásico debe ser reinterpretado para ser corregido de acuerdo con principios sociales. De esta forma, se aprecia una tendencia a limitar el poder de la autonomía de la voluntad, precisamente para tutelar los intereses de los que a la hora de contratar se encuentran, de hecho, en una situación de inferioridad.

⁶⁸ En virtud del principio de autonomía de la voluntad ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra un contrato sin que medie la aceptación por la otra. El contenido de la autonomía de la voluntad radica en el hecho de que las partes pueden contratar o no y ambas están en situación de igualdad para contratarse. Aún en el contrato de adhesión está presente este principio pues la parte débil a la que se le impone el contrato puede aceptarlo o rechazarlo.

5. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y CONSUMIDORES

Para que el medio electrónico, como nueva vía de perfección de contratos, goce de la confianza de los intervinientes en el tráfico ha de ser seguro; es decir, que impida la intercepción y alteración de las comunicaciones, a la vez que permita constatar y acreditar la transmisión de la voluntad por vía electrónica, con análoga facilidad al documento escrito, lo que nos plantea el reto del problema del documento y la firma electrónicos.

Dado que el comercio electrónico surge como una oferta más para facilitar el acceso a los bienes de consumo de los sujetos destinatarios finales, es decir, los consumidores, es obvio que se imponga la necesidad de que los poderes públicos arbitren una serie de medidas para garantizar que el consumidor se forma una opinión consciente y libre acerca del producto que desea adquirir. El ejercicio de ese libérrimo derecho de elección presupone que al consumidor, en la medida que su aceptación contractual se produce a través de una infraestructura técnica que en muchos casos puede desconocer, se le reconozcan, con carácter irrenunciable, una serie de derechos previos que le confieran una información óptima para la toma de decisiones. Del mismo modo, la etapa negocial debe reglarse con normas tuitivas, otorgándosele incluso derechos postcontractuales, como el desistimiento unilateral, a fin de que pueda acercarse con confianza a esta nueva modalidad de contratación. El intervencionismo de los poderes públicos no supondrá una distorsión del mercado, sino todo lo contrario, permitirá que el consumidor se acerque con más seguridad a esta modalidad contractual y se beneficie de las ventajas que proporciona, con el consiguiente incremento de la negociación que, a la postre, redundará también en beneficio de la parte oferente o empresarial.

6. EL PROBLEMA DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES

La publicidad y promoción de los productos y servicios ofrecidos por los empresarios por medios electrónicos constituyen una mayor concreción y posibilidad de acceso a los destinatarios, lo que origina que el *marketing* directo por Internet y otros medios electrónicos sea un fenómeno creciente.

En la actualidad, el problema, sin dejar de ser grave, ha remitido. Varias son las causas que han motivado esta recesión. De una parte, la acción de los proveedores de servicios que han adquirido un buen dominio de los flujos en los servidores de correo y se han provisto de medios rápidos de reacción que permiten filtrar tales comunicaciones. De otra parte, las normas de autorregulación de las que se han dotado en muchos casos asociaciones empresariales y sectores económicos, a la vista del impacto negativo que producía el *spamming*. Y, finalmente, la regulación legal prohibiendo o limitando tales prácticas, con imposición de fuertes sanciones disuasorias.

En lo concerniente al régimen jurídico resultan palmarias las distintas filosofías que subyacen en la legislación americana y en la europea. En tanto la americana es más permisiva y sigue el principio de *opt out*, la europea se inclina por el sistema *opt in*, si bien permite aplicar el primer principio en el contexto de una relación

comercial preexistente. El distinto tratamiento de los datos personales también diferencia las ópticas de protección. En lo que sí se aprecia una mayor coincidencia es en las fuertes sanciones que los ordenamientos prevén para tales prácticas.

La Unión Europea ha establecido unas normas acertadas, pero de mínimos, dejando a los Estados miembros la posibilidad de legislar de forma más restrictiva, a fin de ofrecer garantías a los abonados o destinatarios contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas o rechazadas con fines de venta directa.

La legislación española evidencia un carácter poco innovador respecto a la normativa comunitaria, limitándose a transponer la filosofía de los preceptos recogidos en las directivas.

7. COMERCIO ELECTRÓNICO E INTIMIDAD

El nuevo *modus operandi* contractual plantea problemas añadidos que inciden no solamente sobre los elementos esenciales del contrato y su prueba, sino sobre sus efectos, respecto de las normas de competencia y, en especial, en lo atinente a la salvaguarda de los derechos de los destinatarios. Las dificultades del derecho electrónico en la práctica vienen, pues, motivadas no solo por cuestiones técnica o económicas, sino por la posibilidad de invadir la intimidad y conculcar derechos individuales básicos con motivo de acciones de comunicación o promoción. De ahí que se imponga, al lado de una regulación limitativa de este tipo de actos, que originan pérdidas económicas y molestias, la necesidad de someter las mismas a preceptos que salvaguarden la intimidad personal, entre los que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre protección de datos de carácter personal, y la normativa que la desarrolla.

En este punto, las nuevas vías de contratación y su creciente oferta marcan la necesidad de definir los límites de acceso a la intimidad y el respeto a los derechos de la persona y su desarrollo en libertad dentro de la convivencia, con una regulación jurídica –junto a unos presupuestos éticos– de los comportamientos básicos en el respeto y libertad que definen y distinguen al hombre.

<p>La <i>Revista de Estudios Económicos y Empresariales</i> recibió este artículo el 24 de julio de 2019 y fue aceptado para su publicación el 17 de septiembre de 2019.</p>
